

Recurso nº 78/2018**Resolución nº 67/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 3 de septiembre de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por V.R.G. actuando en nombre y representación de MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA contra los pliegos del contrato de servicio de mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina usado en la vía pública del Ayuntamiento de A Coruña, expediente 541/2018/962, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El Ayuntamiento de A Coruña convocó la licitación del contrato de servicio de mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina usado en la vía pública, con un valor estimado declarado de 200.400 euros. Tal licitación fue objeto de publicación en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 24.07.2018.

Segundo.- El expediente de la licitación recoge que la misma estuvo sometida a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Tercero.- Se impugna los pliegos de cláusulas administrativa particulares, solicitando se elimine de las condiciones de esta licitación la limitación solo hacia los centros especiales de empleo y empresas de inserción social.

Cuarto.- El 08.08.2018 MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA (MUJERES COLLEITERAS, en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación en el órgano de contratación, que lo remitió a este TACGal el 17.08.2018, con el expediente y correspondiente informe. Solicitada subsanación a la recurrente sobre la acreditación de su representación, fue cumplimentada debidamente.

Quinto.- Se trasladó el recurso a los interesados el 21.08.2018, se recibieron las alegaciones de la empresa SERVIPERTU LIMPIEZA EIL, S.L.U.

Sexto.- No fue solicitada medida cautelar, por lo que no se adoptó decisión al respecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- El presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- La recurrente es una entidad cuya finalidad y objeto hace que pudiera tener interés en concurrir a una licitación con este objeto contractual. En definitiva, este TACGal considera que existe la legitimación del artículo 48 LCSP.

Cuarto.- Dado que los pliegos fueron publicados en la Plataforma de Contratos del Sector Público el 24.07.2018, la interposición el 08.08.2018 está dentro del plazo de 15 días del art. 50 LCSP.

Quinto.- Estamos ante la impugnación de los pliegos de un contrato de servicios con un valor estimado superior a 100.000 €, por lo que, al amparo del artículo 44 LCSP, el recurso es admisible.

Sexto.- La cooperativa recurrente expresa que *“El Pliego limita la participación en la contratación, acogiéndose a la posibilidad de reserva para empresas de inserción y centros especiales de empleo de iniciativa social, pero no sabemos si cumple los requisitos para eso”*.

Recoge luego que la Disposición adicional cuarta de la LCSP refiere a la existencia de un acuerdo municipal que fije un porcentaje mínimo de reserva, que no existe.

Posteriormente relata las características de esta cooperativa y lo que sucedía hasta ahora con ese servicio de limpieza y mantenimiento de contenedores, según su descripción.

Séptimo.- El órgano de contratación, en el informe remitido considera lo siguiente.

Sostiene que el recurso interpuesto solo se puede estimar en caso de que en el expediente de contratación, y más concretamente en los pliegos que rigen la licitación, se incurriera en un supuesto de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad. Añaden que la recurrente señala distintas cuestiones que carecen de relevancia jurídica para los efectos del recurso interpuesto, debido a que no ponen en cuestión la validez de los pliegos del contrato, en los términos de que los mismos incurran en algún supuesto de invalidez (el interés de la empresa en el contrato en los últimos meses, las labores llevadas a cabo por Mulleres Colleiteiras, la actuación de la empresa que presta los servicios...).

Considera el órgano de contratación que el recurso descansa sobre una supuesta infracción de la legalidad vigente, al señalar que la reserva de contrato que se realiza no cumple con los requisitos que exige la disposición adicional cuarta de la LCSP, debido a que no existe un acuerdo del órgano competente del Ayuntamiento por

el cual se fije un porcentaje mínimo de reserva. Para tal Ayuntamiento ese acuerdo busca garantizar un porcentaje mínimo de contratos administrativos que estén sujetos a reserva, por lo que su falta no puede servir para sostener que un contrato reservado no puede ser declarado como tal.

Octavo.- Presenta también alegaciones SERVIPERTU LIMPIEZA EIL, S.L.U. (SERVIPERTU, en adelante).

SERVIPERTU, en las alegaciones presentados en el TACGal, manifiesta su discrepancia con lo recogido en los apartados cuarto a séptimo del recurso, y para eso hace su descripción de lo que sucedía con la prestación de este servicio hasta ahora. Expresa también que es una empresa de inserción laboral inscrita en la Xunta de Galicia.

Noveno.- En primer lugar, es oportuno significar que el principio antiformalista que debe regir en el tratamiento de estos recursos no debe obviar ciertas cargas mínimas en los recurrentes, junto con las formales recogidas en la LCSP. En nuestra Resolución TACGal 26/2018 ya expresamos que *“la carga de lograr el convencimiento de este Tribunal para que se llegue a lo solicitado en el recurso corresponde, de inicio, al recurrente, el cual debe recoger un desarrollo suficiente en su argumentación para esto, sin que se pueda llegar a suplir de oficio tal carga”* a lo que aquí debemos añadir que se debe acudir a este Tribunal defendiendo una tesis jurídica que sustente la pretensión anulatoria ejercitada, no simplemente trasladando una posible duda jurídica a efectos de que este órgano la delimite y determine para el caso.

En este supuesto, aunque el apartado donde el recurrente parece querer introducir tal tesis la encuadra sobre la manifestación de que *“no sabemos si cumple los requisitos para eso”*, el principio pro actione hace que podamos atisbar que lo que propugna la recurrente es que la falta del acuerdo de la Administración correspondiente, en este caso la local, fijando el porcentaje y condiciones mínimas, no permitiría que se hubiera optado por estos contratos reservados.

Ante todo, corresponde hacer un pequeño resumen, no exhaustiva, del tratamiento normativo a estos llamados contratos reservados.

El precepto principal es la disposición adicional cuarta, titulado *Contratos reservados*, que recoge (el último párrafo del primero apartado no es básico):

“1. Mediante acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán porcentajes mínimos de reserva del derecho para participar en los procedimientos de adjudicación de determinados contratos o de determinados lotes de ellos a centros especiales de empleo de iniciativa social y a empresas de inserción reguladas, respectivamente, en el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada mediante el Real decreto legislativo 1/2013, del 29 de noviembre, y en la Ley 44/2007, del 13 de diciembre, para la regulación del régimen de las empresas de inserción, que cumplan con los requisitos establecidos en dicha normativa para tener esta consideración, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, siempre que el porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social de los centros especiales de empleo, de las empresas de inserción o de los programas sea la prevista en su normativa de referencia y, en todo caso, por lo menos del 30 por 100.

En lo referido acuerdo del Consejo de Ministros o del órgano competente en el ámbito de las comunidades autónomas y de las entidades locales, se fijarán las condiciones mínimas para garantizar el cumplimiento del lo establecido en el párrafo anterior.

El acuerdo del Consejo de Ministros a que se refiere este número se deberá adoptar en el plazo máximo de un año contado desde la entrada en vigor de esta ley. Si transcurrido este plazo el acuerdo de Consejo de Ministros no se adoptó, los órganos de contratación del sector público estatal deberán aplicar el porcentaje mínimo de reserva del 7 por ciento, que se incrementará hasta un 10 por ciento a los cuatro años de la entrada en vigor de esta ley, sobre el importe global de los procedimientos de adjudicación de suministros y servicios incluidos en los códigos CPV recogidos en el anexo VI realizados en el ejercicio anterior a aquel a que se refiera la reserva, en los términos indicados en el primer párrafo de este número.

2. En el anuncio de licitación se deberá hacer referencia a esta disposición.

3. En los procedimientos de contratación en que se aplique la reserva que establece esta disposición adicional no procederá la exigencia de la garantía definitiva a que se refiere el artículo 107 de esta ley, salvo en los casos en que el órgano de contratación, por motivos excepcionales, lo considere necesario y así lo justifique motivadamente en el expediente.”

A mayores, existe alguna otra referencia a esta reserva en otros pasajes de la norma. Destacamos la del artículo 132, por mencionar una referencia expresa del

legislador hacia la especialidad de esta reserva a efectos de los principios de la contratación:

“Artículo 132. Principios de igualdad, transparencia y libre competencia.

1. Los órganos de contratación les darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad.

En ningún caso se podrá limitar la participación por la forma jurídica o el ánimo de lucro en la contratación, salvo en los contratos reservados para entidades recogidas en la disposición adicional cuarta.

(...)”

Por otro lado, en el artículo 99.3 y 4 se recoge que se podrá reservar algún lote para centros especiales de empleo o para empresas de inserción, o un porcentaje mínimo de reserva de la ejecución de estos contratos en el marco de programas de empleo protegido, de conformidad con el establecido en la disposición adicional cuarta.

Para continuar con tal análisis, es procedente asimismo observar cuál fue la normativa europea a trasponer a este respecto.

Así, la Directiva 2014/24/UE, de 26.02.2014 tiene un artículo 20 que establece:

“Artículo 20. Contratos reservados

1. Los Estados miembros podrán reservar el derecho a participar en los procedimientos de contratación a talleres protegidos y operadores económicos cuyo objetivo principal sea la integración social y profesional de personas discapacitadas o desfavorecidas o prever la ejecución de los contratos en el contexto de programas de empleo protegido, a condición de que al menos el 30 % de los empleados de los talleres, los operadores económicos o los programas sean trabajadores discapacitados o desfavorecidos.

2. La convocatoria de licitación deberá hacer referencia al presente artículo.”

Especialmente interesante es reproducir el considerando 36, pues expresa el sentido de esta previsión:

“36. El empleo y la ocupación contribuyen a la integración en la sociedad y son elementos clave para garantizar la igualdad de oportunidades en beneficio de todos. En este contexto, los talleres protegidos pueden desempeñar un importante papel. Lo mismo puede decirse de otras empresas sociales cuyo objetivo principal es apoyar la integración social y profesional o la reintegración de personas discapacitadas o desfavorecidas, como los desempleados, los miembros de comunidades desfavorecidas u otros grupos que de algún modo están socialmente marginados. Sin embargo, en condiciones normales de competencia, estos talleres o empresas pueden tener dificultades para obtener contratos. Conviene, por tanto, disponer que los Estados miembros puedan reservar a este tipo de talleres o empresas el derecho a participar en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos o de determinados lotes de los mismos o a reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido.”

Sobre esta cuestión hubo ciertos desarrollos autonómicos, como fue en el artículo 26 de la ley 14/2013, del 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, si bien destinado a los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia y los demás entes del sector público de ella dependientes, cuando aquí estamos en el ámbito local.

Ilustrativo es el apartado 2 de ese precepto que menciona:

“2. Los objetos contractuales susceptibles de reserva serán las obras y los servicios de conservación y mantenimiento de bienes inmuebles, los servicios de conserjería, mensajería y correspondencia, los servicios de jardinería y forestal, de artes gráficas, de limpieza y lavandería, de restauración, de recogida y transporte de residuos, de fabricación de ropa de trabajo y servicios y de suministros auxiliares para el funcionamiento del sector público. Los órganos de contratación podrán ampliar la reserva a otros objetos contractuales atendiendo a su adecuación a las prestaciones de los centros y de las empresas a que se refiere este artículo.

La reserva deberá mencionarse en el título del contrato y en el anuncio de licitación o invitación.”

En todo caso, es importante destacar que esa legislación gallega era al amparo de la normativa europea y básica existentes en ese momento (así, la disposición adicional quinta TRLCSP fue modificada por la ley 31/2015).

Dicho lo anterior, y centrados ya en esa disposición adicional cuarta del texto normativo al que se somete esta licitación, la LCSP 9/2017, son varios aspectos a destacar.

En primer lugar, que el legislador trata la cuestión como “de mínimos”, o dicho de otra manera, la dirección de su regulación es buscar que haya un porcentaje mínimo de esas licitaciones reservadas, ante, seguramente, la experiencia de la falta de las mismas así como por los bienes jurídicos que motivan que se fomenten estas reservas. Esas dificultades que motivan este impulso normativo y los bienes jurídicos que lo justifican, están bien definidos en aquel considerando 36 de la Directiva 2014/24/UE.

Por otro lado, los principios que impregnan esta LCSP 9/2017 no son indiferentes para el intérprete jurídico, por lo que el sentido aludido es coherente con la mención recogida, por ejemplo, en el artículo 1.3, a que los criterios sociales impregnarán la contratación pública. Que el legislador básico entiende esta reserva de contratos dentro de la dimensión social que debe tener la contratación pública, queda reflejado en el Preámbulo de aquella norma al decir:

“Respecto de los temas sociales, se sigue regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo o la posibilidad de reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido; esta reserva se extiende a las empresas de inserción y se les exige a todas las entidades citadas que tengan en su personal el porcentaje de trabajadores discapacitados que se establezca en su respectiva regulación.”

En este sentido, procede también darle valor a que el término usado en esa disposición adicional cuarta es lo de “se fijarán” porcentajes mínimos de reserva. Por ejemplo, en la redacción original de la disposición adicional quinta del TRLCSP el término era de “podrán reservarse”, y ese era el marco literal de la Directiva 2014/24/UE, que el legislador español quiso trasponer con ese carácter de mandato.

En definitiva, la primera conclusión a la que se puede llegar es que la decisión adoptada por el Ayuntamiento de reservar este contrato a ese tipo de entidades de economía social va en la dirección auspiciada por el legislador, no en su contra.

En ese sentido, llegar a una conclusión de que mientras no existan esos acuerdos a los que se refiere la disposición adicional cuarta no se pueden hacer estas reservas de contratos daría lugar a una interpretación contraria a lo que este TACGal

considera que era intención del legislador. Recordar, en este punto, que el legislador de lo que se preocupa es de que exista un mínimo, esto es, que haya licitaciones con esta reserva, por lo que hacerlas, aunque no haya el acuerdo de fijación de este mínimo, solo puede redundar cara al cumplimiento de esta disposición, no a su vulneración, sin perjuicio de lo conveniente que existan estos acuerdos, adaptados además a este nuevo marco normativo.

Por otro lado, de la lectura de esa disposición adicional cuarta también observamos que esta reserva es concebida de forma no restrictiva, pues expresamente en la misma no se recogen excepciones hacia determinados tipos de contrato, cuantía, procedimientos de adjudicación.... Tampoco menciona ex lege que deban existir porcentajes máximos de reserva, solo alude a mínimos.

También destacar que aunque esta reserva impide a determinadas entidades entrar en la licitación – limitación que nace del legislador, nacional y europeo, no en sí del órgano, que solo acoge esa posibilidad para el caso-, la misma se abre a diferentes dimensiones de la economía social (como ya había hecho la ley 31/2015 en la nueva redacción dada a la disposición adicional quinta del TRLCSP) al citar a las empresas de inserción junto con los Centros Especiales de Empleo de iniciativa social.

La configuración de estas empresas de inserción también tiene un nuevo marco, al disponer la disposición última decimocuarta LCSP la modificación del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante lo Real decreto legislativo 1/2013, del 29 de noviembre. Tal disposición tiene la siguiente literalidad:

“Se añade un número 4 al artículo 43 del texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado mediante el Real decreto legislativo 1/2013, del 29 noviembre:

«4. Tendrán la consideración de centros especiales de empleo de iniciativa social aquellos que, cumpliendo los requisitos que se establecen en los ordinales 1.º y 2.º de este artículo, son promovidos y participados en más de un 50 por ciento, directa o indirectamente, por una o varias entidades, ya sean públicas o personales, que no tengan ánimo de lucro o que hayan reconocido su carácter social en sus estatutos, ya sean asociaciones, fundaciones, corporaciones de derecho público, cooperativas de iniciativa social u otras entidades de la economía social, así como también aquellos cuya titularidad corresponde a sociedades mercantiles en las cuales la mayoría de su capital social sea propiedad de alguna de las entidades señaladas anteriormente, ya sea de forma directa o bien indirecta a través del concepto de

sociedad dominante regulado en el artículo 42 del Código de comercio, y siempre que en todos los casos en sus estatutos o en acuerdo social se obliguen a la reinversión íntegra de sus beneficios para crear oportunidades de empleo para personas con discapacidad y el avance continuo de su competitividad y de su actividad de economía social, teniendo en todo caso la facultad de optar por reinvertirlos en el propio centro especial de empleo o en otros centros especiales de empleo de iniciativa social.»

Finalmente, y solo para agotar la cuestión, el objeto contractual de la licitación, mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina, no parece tener ninguna incompatibilidad para con esta reserva ni tal alegación se nos traslada, lo cual aleja una referencia de arbitrariedad.

Todo lo dicho impide acoger el recurso presentado en los términos en que fue formulado, toda vez que, como ya fue expresado en otras ocasiones, la Administración contratante es la que debe tener legítimamente la competencia para adoptar las políticas y decisiones que estime más idóneas para el interés general, evidentemente dentro del marco normativo, sin que el recurso logre trasladar que se superara el mismo en lo que nos ocupa. Por ejemplo, la Resolución TACGal 66/2018 expresaba:

“Tampoco cabe caer en la confusión de, por esta vía alegatoria, tratar de convertir a este Tribunal en órgano de contratación, ni que, en realidad, se esconda un intento de erigirse en tal el propio recurrente.”

Por último, dentro de los aspectos que el legislador ordena al órgano de contratación, que se haga referencia a esa disposición adicional cuarta en el anuncio, observamos que fue cumplido, como también está recogido en el propio PCAP.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** el recurso interpuesto por MULLERES COLLEITEIRAS SOCIEDADE COOPERATIVA GALEGA contra los pliegos del contrato de servicio de mantenimiento y limpieza de los contenedores de aceite de cocina usado en la vía pública del Ayuntamiento de A Coruña, expediente 541/2018/962.

2. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.